

「ヘイトスピーチ規制に関するアメリカとドイツの比較法的考察」

萩原 優理奈

“Comparative legal considerations on hate speech regulations
in the United States and Germany”

HAGIWARA Yurina

Abstract

In Japan, the government and many researchers are reluctant to regulate hate speech, mainly because of the risk of infringing freedom of expression.

Certainly, freedom of expression is a very important right in a democracy. However, in order to protect the philosophy of minority identity, personal dignity, and equality from the harmful effects of hate speech, Japan must also consider legal measures to regulate hate speech. Learning hate speech regulations in other countries should be a great reference to analyze hate speech regulation in Japan.

Western countries generally impose wider legal restrictions on racist speech. Germany, in particular, deals severely with hate speech by criminal regulations due to the reflection on Nazism.

On the other hand, the United States, which gives importance to freedom of expression, has given constitutional security to hate speech and resolutely continues to take a negative attitude towards hate speech regulation.

Thus, it is said that the legal attitudes toward hate speech of the United States and Germany are poles asunder.

This paper will review the legal responses to hate speech of the United States and Germany (Chapter 1 and Chapter 2), and then examine the differences between them (Chapter 3).

By comparing the two, I aim to gain a perspective to consider the future path of Japan's hate speech regulation.



目次

はじめに

第1章 アメリカのヘイトスピーチ規制

- 1 ヘイトスピーチ規制の合憲性をめぐる議論
- 2 ヘイトスピーチ規制に関する判例の動向

第2章 ドイツのヘイトスピーチ規制

- 1 集団侮辱罪

2 民衆扇動罪・ホロコースト否定罪

3 SNS 法

第3章 両国の比較

- 1 表現の自由の観点
- 2 歴史的視座

おわりに

はじめに

我が国では、政府も、また研究者の多くも、表現の自由侵害の危険性を主な理由として、ヘイトスピーチ¹の法規制には消極的である²。

確かに、表現の自由は民主主義国家において非常に重要な権利である。しかし、民事及び刑事裁判として争われた京都朝鮮学校事件³など、民族的マイノリティに対する過激なヘイトスピーチによる深刻な被害実態は日本でも確認されており、ヘイトスピーチの害悪から、マイノリティのアイデンティティ、個人の尊厳、平等の理念を守るためには、ヘイトスピーチへの法的対応を検討しなければならない。国際的に見ても、多くの国が何らかのヘイトスピーチ規制に取り組んでいるのであり、そうした他国の法整備状況は大いに参考になるはずである。

とりわけ、西欧諸国は人種主義的言論に対して比較的広汎な法的規制を課している。西欧諸国の戦後憲法にとって、ファシズムの教訓は「少数者の保護」という形で追及され、その一環として、少数者集団に対する差別的表現の規制も進んでいるのである⁴。中でもドイツは、戦後、ナチズムへの反省から、民主主義体制を根底から批判する表現の自由は認めない、いわゆる「闘う民主制」を採用していることで知られる。

これに対し、アメリカでは、少なくとも 60 年代以降、民主主義や自由主義を否定する表現にも表現の自由が与えられ、むしろ政治的言論の中核にあるものとして強力に保障されてさえいる⁵。表現の自由を重視するアメリカは、ヘイトスピーチに対しても憲法上の

保障を及ぼし、その規制には極めて消極的態度を固辞し続けているのである。国際人権規約や人種差別撤廃条約が国際社会の一応のコンセンサスであるとすれば、諸条約に応じた規制を設ける西欧諸国が「普通の国家」であるのに対し、アメリカはまさに「特殊な国家」であると称されている⁶。

このように、アメリカとドイツのヘイトスピーチに対する法的態度はとりわけ両極端に位置するとも言える⁷。そこで本稿では、第1章・第2章でアメリカとドイツ、それぞれのヘイトスピーチへの法的対応を概観し、第3章で両者の差異につき比較考察する。そして最後に、日本のヘイトスピーチ規制の今後のあり方について考察していきたい。

第1章 アメリカのヘイトスピーチ規制

1 ヘイトスピーチ規制の合憲性をめぐる議論

連邦最高裁は、合衆国憲法修正第1条に基づき、表現の自由を広く保障してきた。特に、表現の内容（見解〔viewpoint〕ないし思想だけでなく主題〔subject matter〕ないしトピックも含む）に基づく表現活動の規制は原則許されず、その合憲性判断に厳格な審査基準が適用され、非常に重要な目的の達成に不可欠でない限り許されないものとされてきた⁸。

他方で、ある種の表現は害悪を生ぜしめ社会的価値が低いとして、憲法上の保障の枠からカテゴリカルに除外されると解し（カテゴリカル・アプローチ）、内容ゆえの規制も認められてきた⁹。除外されるカテゴ

リーとなる「保護されない表現 (unprotected speech)」としては、わいせつ (obscenity)、ライベル (libel = 文書による名誉毀損)、喧嘩言葉 (fighting words)¹⁰ などが挙げられる¹¹。とはいえ、それでもアメリカにおける表現の自由が及ぶ範囲は世界的に見て最も広いとされる¹²。単なる不快なもしくは攻撃的な発言は完全に保護され、さらには最も粗野な (下品な) 形態のヘイトスピーチにまで保護が及ぶ¹³。こうしたアメリカの対応は、ヘイトスピーチを加速させるものであり、国際法違反であるとの批判も受けているようである¹⁴。

では、理論上、ヘイトスピーチ規制の合憲性に関していかなる見解がとられているのか。ヘイトスピーチは憲法上保護されないと解する立場は、その理由を、①ヘイトスピーチは喧嘩言葉に含まれる、②ヘイトスピーチはグループ・ライベル (group libel = グループに対する文書による名誉毀損) に含まれる、③ヘイトスピーチは独自の保護されないカテゴリーである、と考える。それに対して、④ヘイトスピーチも憲法上保護されるが、それを凌駕する価値 (平等保護等) のため規制は合憲であるとする見解や、⑤ヘイトスピーチも憲法上保護され、これを凌駕する理由もないので規制は違憲となるとする見解も主張されている。

2 ヘイトスピーチ規制に関する判例の動向

連邦最高裁は、攻撃的であるというだけでヘイトスピーチを禁止することはできず、暴力や違法行為の扇動を禁止できるのは、差し迫った違法行為を扇動もしくは生み出すことに向けられ、かつ、そのような行為を扇動又は生み出す蓋然性のある場合のみとしていた¹⁵。

次に、連邦最高裁が初めて本格的にヘイトスピーチ規制の合憲性判断に取り組んだ R.A.V. 判決、及びその後 R.A.V. 判決を先例として出された Black 判決を取り上げる。両判決は共に十字架焼却¹⁶ 規制の合憲性が問題となった事案でありながら、その判断は分かれた。まず、両ケースの事案と判旨を概観した上で、両

判決の整合性を検討する。

(1) R.A.V. 判決¹⁷

〔事案〕

1990年6月21日深夜、ミネソタ州セント・ポール市において、上訴人 Robert A. Viktor を含む十代の若者たちが、壊れた椅子の脚部をあわせて十字架を作り、アフリカ系アメリカ人が住む家の庭において深夜にこれを燃やした。セント・ポール市の条例で (Bias-Motivated Crime Ordinance 「偏見を動機とする犯罪条例」) は、人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に基づいて、他者に怒り、不安、憤りを生ぜしめると知られている、又は知りうべきことが相当なシンボル等 (燃える十字架やナチスのかぎ十字など) を公共又は私的な財産の上に設置した者を処罰すると規定されており、R.A.V. らはこの条例違反として起訴された。R.A.V. は、本件条例の規定は過度に広範、又は表現内容に基づく規制であり、表現の自由を侵害するものであるとして、条文の合憲性を争った。これに対し、ミネソタ州最高裁は、本件条例の規制対象は、連邦最高裁判例で規制が許されるとされた「喧嘩言葉 (fighting words)」に限定されると解釈し、過度に広範ではなく合憲であるとしたため、R.A.V. は連邦最高裁に控訴した。

〔連邦最高裁の法廷意見〕

スカリア裁判官による多数意見は、以下のような論理により、ミネソタ州最高裁の行った限定解釈を前提にしたとしても、条例の規定は文面上違憲であると判断した。

表現内容規制は原則違憲の推定を受けるが、その例外として、わいせつ表現、名誉毀損、喧嘩言葉などいくつかの表現は憲法上規制可能な内容を持つため規制し得る。しかしながら、そのような禁止し得るスピーチ (proscribable speech) であるとしても、自由に規制できるわけではない。わいせつ、名誉毀損等憲法上禁止し得る内容 (constitutionally proscribable content) を理由として規制することのみが許されるのであり、そ

うでない場合は内容に基づく許されない差別扱いとなり得る。但し、内容差別禁止原則は絶対的ではなく、①内容差別の根拠がその表現全体を規制できる根拠と同一の場合、②規制される表現行為に二次的効果がある場合や、それにより行為規制に吸収される場合、③思想弾圧の現実的可能性が全くない場合、には例外的に内容に基づく規制が可能である。例えば、政府は名誉毀損を禁じることができるが、政府に批判的な名誉毀損のみ禁ずるとするような表現内容に基づく差別的取り扱いをすることはできない。喧嘩言葉も、表現が喧嘩言葉であるとの理由で規制することは許されるが、公権力がメッセージに対して抱く敵意又は好意に基づいて規制することは許されないのである。そして、喧嘩言葉はコミュニケーションの「非言論(nonspeech)」的要素、すなわち「言葉の態様(mode of speech)」を理由に修正第1条の保護を受けないとされてきたのだから、それとは無関係な内容的理由で制約ができるわけではない。

本件条例は、喧嘩言葉のみに適用されずとしても、人種、肌の色、信条、宗教あるいは性別に基づくもののみを規制している（例えば、政治的支持政党、労働組合たる地位、ホモセクシュアルなどについての喧嘩言葉は規制されていない）ため、このような喧嘩言葉の中での選別は、言論の態様ではなく内容に基づく差別であり、市が特定の意見表明を抑制する可能性を生じる。よって多数意見は条例を表現内容に基づく規制としてとらえ、厳格審査に付することとした。そして、本条例は歴史的に差別されてきた人々の基本的人権を確保するというやむにやまれぬ利益のためであるものという市側の主張を認めたものの、そうであるとしても、本条例のような内容差別が必要不可欠の手段とは言えないとして、条例は違憲と判断された。

表現の自由保障を推進するそれまでのアメリカの諸判例の流れに鑑みれば、本条例に関しても喧嘩言葉の禁止として正当化する手法が自然であったとされる¹⁸。しかしながら、スカリア法廷意見はそれまでの

「低価値言論のレガシー¹⁹」を封印し、「保護されないスピーチ」ではなく、新たに「禁止し得るスピーチ(proscribable speech)」という概念を持ち出してきた。「禁止し得るスピーチ」概念では、当該カテゴリーのスピーチが全て憲法上の保障から完全に除外されるとは考えない。そのようなスピーチにも表現内容に基づく規制の原則禁止は妥当するが、但し、わいせつだから、名誉毀損だから、というように憲法上禁止し得る内容(constitutionally proscribable content)に基づく場合にのみ禁止し得る、という論理構成である。すなわち、憲法上禁止し得るカテゴリー(わいせつ、名誉毀損、喧嘩言葉等)は、政府が当該スピーチから生ずる害悪と得られる価値を思想中立的に比較衡量した上で決定しているので、そのカテゴリーに該当することを理由に規制することは表現の視点に基づく差別にはならない。これに対し、禁止し得るスピーチの一部を、そのカテゴリーにとって「外在的な」視点から規制する場合、例えば本件のように喧嘩言葉の中でも人種、肌の色、信条、宗教あるいは性別に基づくもののみを規制する場合は、メッセージ内容への敵意から規制しているのではないかという疑いが生じ、表現内容規制として違憲の推定が働くというのである。

ヘイトスピーチ規制絶対違憲論ともいえる立場を示した本判決は、言論を厚く保護すべき先例上の根拠としてその後の判決でさかんに引用されることとなり、今日でもその權威性に衰えを見せていない²⁰。ヘイトスピーチにまで表現の自由保障を及ぼそうとする、いわばアメリカの「特殊」性を象徴する判決なのである²¹。

(2) Black 判決²²

R.A.V. 判決以降、ヘイトスピーチ規制は原則違憲として決着がついたかに思われ、各地の大学や自治体で設けられていた規制の多くが廃止された。しかし、2003年、Black 判決において、ヘイトスピーチ規制論争はまた新たな展開を迎える。

〔事案〕

1998年8月22日、Blackは、ヴァージニア州キャロル郡において、KKKの集会を行い、十字架を燃やした。ヴァージニア州法 §18.2 - 423 は、「個人あるいは集団を脅迫することを意図して、他人の所有地、ハイウェイ、あるいは他の公共場において十字架を焼却すること」を重罪とし、また、そのような焼却は「個人あるいは集団を脅迫する意図の一応の証拠（*prima facie evidence*）」となるとしていたため、本規定違反として起訴された。

ヴァージニア州最高裁は、本規定は、R.A.V. 判決で問題になった法律と同様に規制可能な領域の中の一つをその内容を理由に禁止するものであり、また後段の一応の証拠条項は、この条項により起訴の可能性が強化されることで保護された表現を委縮させるため、過度広汎であるとして、文面上違憲と判断した。

〔連邦最高裁の法廷意見〕

連邦最高裁は、一応の証拠条項は言論活動の過度な制約になるので違憲であるとしつつ、処罰条文自体は合憲と判断した。

オコナー裁判官執筆の法廷意見は、まず歴史上十字架焼却がKKKのアイデンティティ、イデオロギーの象徴であると同時に、黒人に対する脅迫手段として用いられてきたことを詳細に説明し、そのような歴史に鑑みれば、十字架焼却は今日でも「憎悪の象徴」であり、強烈な脅迫メッセージを伝えるものと認定する。そして、実際の言論と同様に象徴的表現にも修正第1条の保護は及ぶが、それは絶対的ではなく、それに由来する利益よりも秩序や道徳といった社会的利益の方が明確に勝る限られた領域において特定の言論を規制し得ること、その一環として、違法な暴力行為を加える意図を特定の個人や集団に伝える「真の脅迫（*true threat*）」は規制し得るとし、脅迫の意図をもった十字架焼却は真の脅迫に該当すると指摘する。

そして、R.A.V. 判決との関係に関しては以下のように述べた。R.A.V. 判決は禁止できる表現の領域における内容差別の全てを禁じたわけではなく、むしろ、部

分的な規制の根拠がその表現全体を規制できる根拠と同一の場合には内容差別が許されると明確に述べたのであるから、これに照らせば本件州法は修正第1条に反しない。つまり、R.A.V. で問題となった条例とは異なり、本件ヴァージニア州法は好ましくないトピックの1つに向けられた言論のみをとりだして禁じているわけではなく、十字架焼却は脅迫のとりわけ有害な形態であるため、修正第1条は州が脅迫を意図した十字架焼却を禁止することを許容する。

本判決は、表現の自由保護と十字架焼却という過激な行動の規制の間でうまくバランスを図ったものとして、マスメディアや民間人権擁護団体から概ね高評価を受けたという。

(3) R.A.V. 判決と Black 判決の整合性

Black 判決において法廷意見は、本件ヴァージニア州法は、人種に基づく行為のみならず宗教的又は政治的偏見等に基づく行為をも一律に規制するものであるとして、R.A.V. 事案との相違点を強調し、両判決は矛盾しないと説明した。

しかしながら、スーター裁判官（一部結論同意、一部反対意見）をはじめとして、両判決の整合性に疑問を抱く声は多い。おそらく日本社会では何の意味も有さない「燃える十字架」が、アメリカ社会において強烈なメッセージを発信する理由は、アメリカではそれが白人至上主義に基づく威圧的な人種差別思想の表明として用いられてきた歴史的経緯があるからであり、かつ、そのメッセージ性をアメリカの人々が現在も理解しているからである。そうであるとすれば、十字架焼却行為は白人プロテスタント優越主義というイデオロギー的メッセージを伝達していることになる²³。オコナー法廷意見は、当該法律の十字架焼却処罰は、処罰し得る脅迫の内部で脅迫性とは独立の内容に基づいて部分的に禁止を及ぼすものではないとするが、十字架焼却の強い脅迫性は、KKKがそれを黒人差別思想の表明手段として用いたことにより生み出されたものであるから、その禁止はまさに見解に基づく規制

になってしまう²⁴。R.A.V. 判決との事案の差異を強調する Black 判決の設示はあまり説得的とは言えない。むしろ、斎藤が指摘するように、法廷意見が十字架焼却に恐れおののく人々の苦難を汲み取ろうとすればするほど、十字架焼却と KKK のつながりを浮き彫りとし、反人種差別的思想を選別して規制対象とした疑いが増すであろう²⁵。

では、両判決の判断を分けたものは何であろうか。この点、桧垣は、R.A.V. 判決のアプローチは文脈に依存しないものであるのに対し、Black 判決は文脈に依存した歴史的アプローチをとっていることを指摘する²⁶。R.A.V. 判決は、セント・ポールの人種の歴史やアフリカ系アメリカ人家族の十字架焼却行為への反応には無頓着であり、KKK の名前すら一度も出てこなかった。これに対し Black 判決では、KKK の歴史を詳細に述べ、それに関連して十字架焼却行為の害悪の重大性を強調しているというのである。そして、このような歴史的アプローチが採用されるに至った要因として、桧垣はトーマス裁判官の存在に着目する。連邦最高裁判官の中で唯一の有色人種であったトーマス裁判官は、有色人種としての視点から、十字架焼却行為は比類なく脅迫的で、裁判所による特別な扱いに値すると主張し、この意見が法廷の雰囲気を一変させたという。R.A.V. 判決でもトーマス裁判官が同様の発言をしていたら、Black 判決と同様の結論になったのではないかとの見方すらあるようである。

やはり、R.A.V. 判決で問題となったセント・ポール市の条例と Black 判決で問題となったヴァージニア州法を区別することはできず、両判決の矛盾は否定し得ないと言えよう。とはいえ、Black 判決により、少なくとも R.A.V. 判決がヘイトスピーチ規制絶対違憲の立場を表明したのではないかとの疑念は払拭され、ヘイトスピーチ規制への道が開かれたことは確かである。

但し、Black 判決はあくまでも R.A.V. 判決の法理に則った上で、十字架焼却固有の害悪に鑑みて規制を認めたのであるから、ヘイトスピーチ規制一般を一概に認めたものとは言えない。また、近年出された

Stevens 事件判決²⁷では、規制が可能な場合であったとしても、新たに保護されない言論の範疇を設けることは原則認められず、脅迫等既存の保護されない言論範疇に当てはまる範囲でしか規制し得ないとされたという。従って、連邦最高裁がヨーロッパのような「広範な規制」を支持したとは言えないのであり²⁸、依然としてアメリカはヘイトスピーチ規制に慎重な「特殊」な国であり続けている。

第2章 ドイツのヘイトスピーチ規制

アメリカが表現の自由を尊重しヘイトスピーチ規制に慎重であるのに対し、ドイツはヘイトスピーチの法規制を積極的に進めている。

ドイツにおいても当然表現の自由は保障されている（連邦共和国基本法 5 条 1 項）が、ドイツにおける表現の自由の特徴として、次の 3 点が挙げられる。

まず、表現の自由の位置づけについてである。連邦共和国基本法は、1 条 1 項で人間の尊厳は不可侵であると宣言し、個人の尊厳をドイツ憲法の価値体系の最上位に位置づけている。これに応じて、裁判所も個人とその尊厳をあらゆる判断の中核とし、それらを守るためには表現の自由の制限も許されるとし、さらには政府にはそのような措置をとる義務があるとさえ解している²⁹。

2 点目は、表現の自由と他の法益とのバランスングに関してである。連邦共和国基本法 5 条 2 項は、表現の自由は一般的法律の規定等、すなわち意見表明の自由による活動に優先する共同的価値の保護に資する法律により制限されるとしているため、表現の自由とそれを制限する法律が資する法益との間で衡量が行われることになるが、その際、アメリカのように表現の自由が優先されることはない。衝突する法益間の個別的な衡量が行われ、特に人間の尊厳と衝突する場合には表現の自由が退くとのルールも存在するという³⁰。

3 点目は、「闘う民主制」が採用されている点である。すなわち、「自らの敵から積極的に自らを守る」として、民主主義体制への批判を許さないということである。

このような表現の自由に対する考え方が、反ユダヤ主義を典型とするような社会的マイノリティへの差別扇動表現に特に厳しい態度で臨むドイツ特有の姿勢に繋がっていると考えられる。

第二次世界大戦後、西ドイツ基本法は差別禁止を明記したが、ニュルンベルク国際法廷による主要な戦犯訴追や被害者への賠償が不徹底であったことから、ネオナチ運動が広がりを見せた。そこで、負の歴史を直視し、同じ過ちを繰り返さないための社会構築が目指され、その取り組みの一環としてヘイトスピーチの刑事規制が具体化した。

以下、ドイツにおけるヘイトスピーチに対する刑事規制として、侮辱罪（ドイツ刑法 185 条）の集団への適用、民衆扇動罪（ドイツ刑法 130 条）、そして 2017 年に施行された SNS 法を概観することとする。

1 集団侮辱罪³¹

(1) 規制の可否（根拠）

ドイツ刑法には、集団侮辱（*Kollektivbeleidigung*）そのものを処罰する規定は存在しない。侮辱罪の規定（侮辱は、1 年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときには、2 年以下の自由刑又は罰金に処する〔ドイツ刑法 185 条〕。）はあるが、その保護法益は個人の名誉であるため、ヘイトスピーチのような集団に対する侮辱的表現をいかに規制し得るかが問題となった。初期の判例では、集団それ自体に向けられた侮辱的表現の規制可能性の問題は、集団それ自体の名誉が認められるかどうかの問題として議論されていたという³²。だがこのような考え方は、個人の名誉を出発点とする刑法 185 条にそぐわない。そこで、集団に対する侮辱的效果が集団構成員各人の個人的名誉に波及する限りにおいて処罰するという解釈が現れた。

こうした解釈を示した連邦憲法裁判所判決として、1994 年のアウシュヴィッツ事件³³がある。これは、ナチスによるユダヤ人虐殺の歴史を否定する「アウシュヴィッツの嘘」と呼ばれる言論が、ドイツ在住ユ

ダヤ人に対する侮辱となるかが争われた事件であるが、憲法異議を申し立てた側は、このような集団侮辱を認める刑法解釈は、政治的に望ましくない言論を禁止するために使われる、侮辱概念の許されない拡張解釈であって、意見表明の自由を保障する基本法 5 条に反して違憲であると主張した。これに対し、連邦憲法裁判所は、侮辱罪の保護法益は「人格的名誉」であるとした上で、原判決（連邦通常裁判所）を引用し、以下のように述べた。ユダヤ人がナチス支配の中で被害を受けたという歴史的事実からして、ドイツで生活する個々のユダヤ人にとって、この運命により特徴づけられる集団に所属していることが「個人的理解」になっており、その自己理解を尊重することが、ユダヤ人のドイツでの生活を保障するための基本的条件である。また、ナチスによるユダヤ人虐殺の歴史否定は、このような背景をもつ今日のユダヤ人個々人の人格的価値を否認するものであり、人的集団に対する差別の継続である。そして、連邦憲法裁判所は、「原審が、ユダヤ人迫害の否定の中にある重大な人権侵害を見出したことについて、疑念は生じない。連邦通常裁判所が認定した、第三帝国におけるユダヤ住民への人種的動機による虐殺の否定と、今日生活しているユダヤ人の尊重請求権及び人間の尊厳に対する攻撃との間の連関に関する理由づけについては、憲法上異論を挟む必要はない」とした。

1995 年の兵士事件³⁴においても同様に、集団に対するネガティブな評価が集団構成員各人に与える影響が問題となった。同事件は、「兵士は殺人者だ」という表現が連邦国防軍に対する侮辱罪を構成し得るかが問われた事件であるが、連邦憲法裁判所は、「刑法 185 条が保護する人間の個人的名誉は、集団との連関を切断して純粋に個人的に考察されるべきものではない」とし、その理由を次のように説明する。「周囲の人々は、ある人を、彼が所属している集団やその集団が果たす社会的役割と多かれ少なかれ同一視する。そのような事情に鑑みれば、社会における評価は、その人自身の特性や態度だけで決まるのではなく、彼が属している集団のメルクマールや活動、あるいはその人

が勤めている公的機関が受ける評価に依存している。その限りで、集団に対する侮辱的表現は、集団の構成員に対しても名誉を低下させる効果をもつ。」。

このように、連邦憲法裁判所は、集団それ自体の名誉を認めるのではなく、集団構成員各人の名誉に侮辱的评价が波及するか否かによって、集団に対する侮辱の成否を検討している。このような考え方は、個人を基調とする基本法の立場とも整合的である³⁵。

(2) 集団侮辱罪の成立要件

では、いかなる場合に、集団に対する侮辱が個人に波及していると言えるのか。そこでは、「個人の被害者性」が問題となる。前述の「兵士事件」において連邦憲法裁判所は、侮辱的效果がその構成員各人に波及する集団の概念として、①名指しされた集団が区別可能で、見渡すことができる集団であること、②侮辱的表現が、集団の全ての構成員に共通するメルクマールと結びついていること、③比較的小規模な集団であること、の3要件を掲げた。要件①と③は、共に大規模集団を除外するためのものであるが、意見表明の自由が過度に侵害されないためのルールであるとされる³⁶。この大規模集団除外原則により、カトリック、プロテスタント、女性といった大規模集団は原則集団侮辱罪の対象となり得ないことになるが、その理由を連邦憲法裁判所は以下のように説明する。「大規模な集団に対する非難の多くは、集団構成員の個々の誤った行動や特性を問題にするのではなく、むしろ、集団の無価値性または集団が果たす社会的機能、それに応じて各構成員が求められる行動を問題視するものである。その限りでは、侮辱的表現の対象となった集団が巨大化すればするほど、個々の構成員への波及も弱まり、従って、個人の被害者性もまた弱くなる。」³⁷。

このように考えると、「兵士」という大規模集団に向けられた表現は集団侮辱罪を構成しないように思われる。同判決も、「兵士は殺人者だ」という具体的言明の評価について、その集団侮辱罪の成立を否定した。但し、連邦憲法裁判所は、ドイツ連邦国防軍を区別可能で見渡すことができる集団と見なすことは可能

であるとしつつ、連邦軍に対する侮辱的発言が、それを構成する個々の兵士に対する侮辱罪にあたることを解釈は許容できるが、あらゆる兵士を対象とした侮辱を、その一部であるドイツ連邦軍に対する侮辱と解することはできないと理由づけした。つまり、兵士一般を対象とする表現であっても、「まさしく連邦軍の兵士が意味されている」と立証された場合には、集団侮辱罪が成立する余地があるとも解釈し得る。ここに、大規模集団除外基準の曖昧さが露呈したとの批判もなされている³⁸。

その一方で、本判決は以下のようにも述べる。「ある一定の社会的機能を通じて結合した人的集団に対する侮辱が問題になっている場合については、当該表現はもはや人物の中傷ではなく、人的集団によって実現される社会的機能に向けられたものだという推定が働く」。よって、仮に「連邦国防軍の兵士は殺人者だ」と発言されると、それは人物への中傷ではなく、公的機能を果たす連邦国防軍に対する公的批判であるとの推定が働き、公共に本質的に関わる意見表明となるため、自由な言論への推定が働くことになる。ここから、公的機能を通じて結合している集団への侮辱は、個人に対する中傷ではなく、その公的機能への批判と推定され、原則集団侮辱罪は成立しないという消極的要件が導き出される³⁹。

では、人種や民族的な集団に対する侮辱的表現はどうなるのか。兵士事件で示された基準に従えば、通常構成員が大多数となるこれらの集団は当然集団侮辱罪の適用対象から外れることになる。しかし、兵士事件において連邦憲法裁判所は、大規模集団全てを除外するのではなく、例外を設けた。すなわち、「表現が、民族的・人種的・身体的・精神的メルクマールと結びついており、そこから人的集団全体の劣等性、およびそのことによって同時に、その集団のあらゆる個々の構成員の劣等性が導き出される場合」には、侮辱の構成員への波及を肯定する余地を残したのである。これは、兵士事件の前年に出されたアウシュヴィッツ事件判決を念頭に置いていたのであろうとされている⁴⁰。同判決はドイツ在住ユダヤ人に対する集団侮辱罪の成

立を認めたのだが、そこでは、「アウシュヴィッツの嘘」発言がユダヤ人個人個人の人格権侵害に当たる理由として、ナチスによる迫害・虐殺という歴史的事実により、ユダヤ人は、そのような苛酷な過去を背負って生きなければならないという運命に特徴づけられた集団に対する帰属意識を強く有していること、そして、ドイツ社会構成員は彼らのそうした自己意識を尊重する責任があることを述べている。つまり、ドイツ在住ユダヤ人の置かれた特殊な歴史的・社会的環境を根拠として、「アウシュヴィッツの嘘」発言とユダヤ人及びユダヤ人個人個人の劣等性を導き出すような民族的・人種的メルクマールの強い関連性を証明し、個人の被害者性を肯定したものと解される。

但し、留意すべきは、専門裁判所の判決例においても、人種・民族集団について集団侮辱が認められた例はユダヤ人を除いては存在しないという点である。ドイツ在住ユダヤ人への集団侮辱が「その人数にもかかわらず」認められてきたのは、ナチス期に被った「歴史上唯一の」運命によってのみ説明できるものであり、その他の「もはや人数的に見渡し難い」民族的な「住民の一部」には集団侮辱は認められないともされている⁴¹。「ドイツ社会におけるユダヤ人」に対してのみ集団侮辱罪が成立するのは、ドイツ史上最大の被害者というその極めて特殊な存在に対して認められた、いわば損害補償の一環であり、他の民族的集団に一般化できる基準ではないようである。

2 民衆扇動罪・ホロコースト否定罪

人種や民族、宗教によって識別される集団に対するヘイトスピーチを処罰するのが、ドイツ刑法 130 条の民衆扇動罪である。本条は、当時の反ユダヤ主義的、排外主義的潮流の高まりに対処するために 1960 年に制定され、数度の改正を経て、現在は全 6 項から成る。本論文では、ヘイトスピーチ規制に直接関わる 1 項と 1994 年に新設された 3 項を取り上げ、前者を「民衆扇動罪」、後者を「ホロコースト否定罪」と呼ぶこととする⁴²。

(1) 民衆扇動罪 (130 条 1 項)

民衆扇動罪は、公共の平穏を害するのに適した態様で、住民の一部に対する憎悪を挑発し、又はこれに対する暴力的措置もしくは恣意的措置を扇動した者や、住民の一部を誹毀し、悪意で軽蔑し、又は不実の誹謗をすることによって他人の人間の尊厳を攻撃した者を処罰する。その第一目的がナチス思想復興によるユダヤ人迫害の阻止であることから、特に違法性が高いものとして、一般の侮辱罪よりも重い法定刑が科されている（侮辱罪は 2 年以下の自由刑又は罰金であるのに対し、民衆扇動罪は 3 カ月以上 5 年以下の自由刑）。

130 条 1 項の保護法益に関しては、「公共の平穏」とする見解と「人間の尊厳」とする見解があるが、同項が「公共の平穏を害するのに適した態様」を要求していること、また、本条が刑法典第 7 章「公共の秩序に対する罪」という位置づけにあることに鑑みれば、その保護法益は公共の平穏であるとするのが自然であり、通説もそのように解する。ここでいう「公共の平穏」とは、「公共の安全」より広い概念であり、最低限の寛容や、個別の住民グループが精神的に迫害されたりさげすまれたりすることがない公の雰囲気が含まれるとされる⁴³。さらに、「公共の平穏を害するのに適した態様」であることのみが成立要件であり、実際に平穏が危殆化することまでは求められていないため、一般的には抽象的危険犯であると解されている⁴⁴。公共の平穏を害する適性が認められるためには、その発言によって攻撃対象の集団に対して違法行為がなされる傾向が惹起又は強化される可能性があれば足り、その適性は攻撃の内容、強度、攻撃された集団の大きさ、発言を聞いた公衆の受け止め方等により総合的に判断される⁴⁵。

さらに、「人間の尊厳への攻撃」という要件を加えることにより、特に粗暴な行為を処罰している。通説及び判例によれば、人間の尊厳に対する攻撃があると言えるのは、その攻撃が単に個人の人格権（名誉など）だけでなくその人間の人格の中核に向けられ、その結果として彼が平等原則を無視されて、価値の低い存在とみなされ、共同体内での生存権が否定されている場

合だけであるとされる。楠本の説明によると、「個人の人格権」とは人が主体的に作り上げていくものであり、これを侵害するのが侮辱や名誉毀損であるのに対し、「人間の尊厳への攻撃」とは、その人自身によってもどうしてもなく決定されている人格の中核部分も含めた人間存在そのものを否定し又は相対化しようとするものである⁴⁶。

このように、本罪の規制対象は基本権を侵害するような差別扇動的表現であることから、導入当初から現在に至るまで意見表明の自由との抵触を危惧する議論はほとんど見られない⁴⁷。

(2) ホロコースト否定罪 (130 条 3 項)

いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」発言に代表されるような、ホロコーストの歴史的事実を否定する主張は、1970 年代にヨーロッパで広まり始めた。当初、西ドイツの判例は、ホロコースト否定表現を「単純なアウシュヴィッツの嘘」と、「人間の尊厳への攻撃」が認められる「重大なアウシュヴィッツの嘘」に分け、前者を侮辱罪、後者を民衆扇動罪の対象とする解決を図った。しかし、このような対応は十分でなく、単純なアウシュヴィッツの嘘にも、告訴規定に依存する侮辱罪ではなく、民衆扇動罪を適用できるようすべきだとの批判を受けた。そこで、1994 年の改正により、130 条 3 項として、公共の平穏を乱すのに適した態様で、公然と又は集会で、ナチスが行った民族謀殺を是認、存在の否定、又は矮小化した者を、5 年以下の自由刑又は罰金に処す、というホロコースト否定罪が新設された⁴⁸。そのため、ホロコースト否定罪には「人間の尊厳への攻撃」という要件は規定されておらず、保護法益は「公共の平穏」と解されている。

本罪は歴史修正主義の禁止ともいえ、事実と意見の区別の問題や、学問の自由への制約の懸念も指摘されている⁴⁹。さらに、ドイツのホロコースト否定罪に限らず一般的にはあるが、ホロコースト否定を法で罰すること自体、「ホロコースト否定」という概念を保護することであり、また、法によって制さなければならないほどの力を有する概念であると認めることにな

るとの指摘もある⁵⁰。

3 SNS 法⁵¹

SNS 法とは、一定の規模を有する SNS 事業者に対し、特定の違法情報への苦情処理手続きの策定、対応に関する報告書の作成・公開等を義務付けるものであり、違反した場合高額の過料が科されることもある。

ドイツでは、2015 年にシリア難民をはじめ大量の難民が押し寄せたことをきっかけに排外主義運動が高まり、難民に対する SNS 上のヘイトスピーチが急増した。そこで、政府は、ネット関係企業、関連団体と共に、ネット上のヘイトスピーチに対するタスクフォースを結成し、違法コンテンツを遅滞なく (24 時間以内に) 削除することを含む共同対応方針の公表等の対応をとってきたが、この合意に基づく SNS 事業者の自主的取組みは十分ではなかった⁵²。そこで、過料によって強化された法律による規制が必要との判断から SNS 法が制定され、2017 年 9 月 7 日に公布、同年 10 月 1 日施行された。同法の簡単な概要は以下のようなものである。

同法の対象者は、ドイツ国内に 200 万人以上の利用者のいる一般の SNS 事業者であり、SNS 事業者が対応すべき「違法な内容」とは、民衆扇動や名誉毀損的表現など同法 1 条 3 項に掲げられた刑法典上の犯罪の構成要件に該当するものであり、かつ違法性が阻却されないものをいう。年間 100 件以上の違法に関する苦情を受け付けた SNS 事業者は、それらへの対応についての報告書の作成・公表、また、利用者が簡単に常時利用できる苦情手続き提供が義務付けられる。そして、苦情を遅滞なく受け取り、違法性及び削除の必要性を検討した後、明らかに違法である場合は、苦情受け取りから 24 時間以内に削除又はブロックしなければならない。これらの義務に反した事業者等には、最大 5,000 万ユーロ (約 65 億円) の過料が科される⁵³。

SNS 法に対しては、施行後も効果や実施体制につき疑念や改善の余地を指摘する意見が相次いでおり、とりわけ表現の自由への萎縮効果が指摘されている。

適用対象となる事業者が、高額な過料を恐れ、厳密な判断を放棄し違法ではない内容の投稿まで安易に削除することが懸念されているのである。さらに、削除された内容の投稿者の権利・利益への配慮が不十分であることや、「違法な内容」という概念の一義的解釈が困難で罪刑法定主義に反するとの批判もあるようである。

第3章 両国の比較

ヘイトスピーチ規制に関して、アメリカとドイツは両極端に位置づけられることが多い。確かに、ヘイトスピーチを規制する法律に違憲判断を下すアメリカと、刑法の侮辱罪や民衆扇動罪の適用、さらにはSNS法を設けて積極的にヘイトスピーチを規制するドイツは、一見真逆の法状況に思われる。

しかし、両者の差異を強調する評価は妥当であろうか。表現の自由への配慮及び歴史的視座という2点から、両者の相違を相対化できないか考察する。

1 表現の自由の観点

我が国の憲法学者の多くが、表現の自由を重要視すべきであるからアメリカ型を志向すべきだと主張するとき、ドイツはあたかも表現の自由を軽視しているかのような印象を与えかねない。だが、ヘイトスピーチを規制しているから表現の自由を軽んじているとの理解が不適切であることは、ドイツの裁判所による集団侮辱罪や民衆扇動罪規定の解釈・適用実態を見れば明らかであろう。裁判所は、兵士事件判決において、ドイツ刑法185条が個人の名誉を保護していること、及び基本法5条2項が名誉による意見表明の自由の制約を認めていることを確認しつつも、そうであるからといって個人的名誉保護のために意見表明の自由を恣意的に制約できるわけではなく、むしろ立法者は制約される基本権から目を離さず、意見表明の自由に対する過剰な委縮効果を回避しなくてはならないと宣言した。そして、前述の3要件（①名指しされた集団が区

別可能で見渡すことができること、②侮辱的表現が集団の全構成員に共通するメルクマールを有すること、③比較的小規模集団であること）を挙げて、個人の被害者性という観点から、その適用対象となる「集団」に絞りをかけた。また、民衆扇動罪では、「公共の平穏」につき、市民を主観的な不安から保護することや、根本的と認められている社会的又は倫理的なものの見方を維持することを目指すものとは理解できず、ここで目標とされるのは、攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護であり、平穏な共存の維持であるとの限定解釈を行っている⁵⁴。ヘイトスピーチであっても、それに接する者の主観的不快感、不安感を理由に規制することは認められないという、表現の自由保障の根本原則は守られているのである。さらに、刑法130条1項の「人間の尊厳への攻撃」要件についても、連邦通常裁判所は、これに該当するのは「その集団の構成員が人格発展の重要な領域を侵害されるかまたは憲法上の平等原則が軽視されて価値の低い人物として扱われ、共同体におけるその削減不可能な生存権が疑問視されるか又は相対化される場合⁵⁵」であるとして、厳格に解している。マイノリティ集団に対する切迫した危険を招来しうる事案に処罰範囲を限定するという意思から、立法者は「人間の尊厳への攻撃」等の要件を加え、判例がそれに応えたことで、条文の文言が抽象的であるにもかかわらず、処罰範囲の重大事案への限定、明確化が一定程度成功したのである⁵⁶。

このように、ドイツではヘイトスピーチ規制が進められる一方で、裁判所が表現の自由の過剰な制約を回避するための歯止めとしての役割を果たすべく、表現規制の解釈と適用、及び争われている具体的言明の意味の理解において表現の自由への配慮を徹底しているのである⁵⁷。

さらに、ホロコースト否定罪新設に代表されるように、民衆扇動罪導入以降もヘイトスピーチへの刑事規制は拡張の一途をたどっているが、その一方で、規制濫用による表現の自由制限を危ぶむ声も増えてきているという。すなわち、1960年に導入された民衆扇動罪は、教育改革や司法改革といった「過去の克服」の

ための諸制度を補完するものとして導入されたため、刑事規制のみが突出することなく抑制的な適用が行われていた。しかしながら、その後はスキャンダラスな事件や政治状況の影響により刑事規制先行及び厳罰化が目立つようになったため、そのようななかで新設された法規に関しては当然表現の自由との関係から疑義が呈されているというのである⁵⁸。

このように、ドイツは、ヘイトスピーチの厳罰化が進んでいるからといって、決して表現の自由を軽んじているわけではない。むしろ規制が進むからこそ一層表現の自由への配慮を怠らないよう常に緊張感が保たれていると言えるのではないだろうか。

2 歴史的視座

ドイツにおけるヘイトスピーチ規制制度は、ドイツが「負の歴史」と向き合い、克服するための取り組みの一環として構築されたものであり、そのため、規定の解釈や具体的事案解決の随所において、歴史的視座が取り込まれている。アウシュヴィッツ判決において連邦憲法裁判所は、ドイツ在住ユダヤ人に対する集団侮辱罪の成立を認めた。これは大規模集団除外基準の例外と言える判断であったが、そのような帰結を認める根拠となったのは、ナチスによる被害を受けたユダヤ人の歴史的体験、及びそれに基づく存在そのものの特殊性であった。

また、民衆扇動罪に関しては、その文言の抽象性にもかかわらず、一般に刑法と表現の自由の抵触を強く懸念する者でさえ、ドイツの歴史において特定の集団、とりわけユダヤ人に対して野蛮で由々しき影響を持つ扇動が行われた時期が存在したことを考慮すれば、この規定が核心において正当であることは否定しがたいとしているという⁵⁹。毛利も、この規制が広めに課されていることは、ナチスによる反ユダヤ・プロパガンダが現実には破滅的帰結をもたらしたという歴史的経験抜きにしては理解できないとする⁶⁰。彼によれば、ドイツ在住ユダヤ人が迫害の再来に今なお強い恐怖心を抱いていること、そして、その恐怖がドイツ社会にお

いて、歴史的経験への対応として法的対応が求められていると理解されていることが、この条文を正当化しているのである。すなわち、この条文は歴史的視座によって始めてその存在意義が理解され、認められるものであると言えよう。

さらに、裁判所によるドイツ刑法 130 条 1 項「人間の尊厳への攻撃」要件の解釈と、具体的事案におけるその該当性判断においても、歴史への言及がなされている。市議会選挙期間中に候補者のポスターに「ユダヤ人」と書かれたテープを貼り付け、ポスターの文章を「ハンブルクはユダヤ人を選出する」といった内容に改変した事案につき、1967 年 11 月 15 日、連邦通常裁判所は次のように判示した⁶¹。「被告人はユダヤ人住民の一部に対する憎悪をかき立てた。改変されたポスターの文章は、公衆に対する特定の知覚可能な思想表明である。ナチスのユダヤ人迫害という歴史的背景を前にすれば、そこには、…被告人の意図と同じく、単なる拒絶や軽蔑以上のものが看取できる。むしろユダヤ人に対する敵愾心をあおるものであり、これは刑法 130 条（旧）第 1 号の要件である。…他人を—何らかの重要な—公職から排除し、よって国家共同体における生活の重要な共同形成から排除しようとする者は、その者の人格発展の重要な領域を妨げ、平等原則を軽視することでその者が先の共同体での価値の低い成員だと烙印を押すことになる。よって、彼はその者の人格の中核領域を侵害している。ここでも、ユダヤ人同胞を公的生活から排除する同様の要求が、最終的には数百万の人間の虐殺という帰結を伴ったナチス国家におけるユダヤ人迫害を導いた点を顧慮しなければならない」。「人間の尊厳への攻撃」要件の限定解釈にあたり、当該主張が明らかにナチスのスローガンに遡及し、そのことがナチスによるヨーロッパのユダヤ人虐殺を連想させるものであるか否かが重要な判断基準とされているのである⁶²。

このような、「過去の差別事象との関連性から処罰範囲の具体化、明確化を図るアプローチ」は、「過去の克服」を課題とし、「差別の過去・歴史に過度に敏感な」ドイツ特有の議論であるかのようにも思える。

しかしながら、櫻庭は、アメリカにおける「十字架焼却」事例にも、同様の歴史的・文脈的アプローチを見出す⁶³。すなわち、多くの日本人にとって何の意味もない十字架焼却行為が、アメリカにおいては黒人に対するヘイトスピーチとして捉えられるとき、それは同行為が非白人、とりわけ黒人に対して脅迫のメッセージであるというアメリカ社会の歴史に規定された共通認識に由来するものであるというのである。同様の指摘は桧垣によってもなされている。桧垣は、同じ十字架焼却規制法の合憲性が争われた R.A.V. 判決と Black 判決において異なる結論が下された理由を、歴史的アプローチの有無という点から説明した⁶⁴。

このように、自国の差別の歴史を法適用・法解釈に組み込むという手法は、ドイツのみならずアメリカでも行われているのである。

おわりに

我が国では、アメリカは、表現の自由を絶対的に保障しヘイトスピーチにも寛容な「特殊な国家」、反対に、ドイツをはじめとするヨーロッパ諸国はヘイトスピーチを積極的に規制するいわば「普通の国家」として捉え、日本はどちらの国家観を選択すべきかという視点で議論が交わされてきた。そして、従来憲法の比較法研究がアメリカ法中心であったこともあり、半盲目的にアメリカの判例法理に追従した結果、「表現の自由」や「罪刑法定主義」を理由に、「規制論をシャットアウト⁶⁵」してきた。

しかしながら、両国のヘイトスピーチへの法的対応は一見正反対に見えるが、実際その差異を誇張すべきでないことは、本論文で確認してきたとおりである。規制に積極的に取り組むドイツも、決して表現の自由を軽んじているわけではない。真の民主主義においてはマイノリティを含め全ての人の表現の自由が不可欠であるという理念のもと、法規制に臨んでいる。そしてその背景には、以前の全体主義国家体制を繰り返さないという反省と断固たる決意があるからこそ、表現の自由規制が正当かつ最低限に留まるよう、安易に過

度な刑事罰が科されないよう、常にチェックの目を怠らない。表現の自由尊重という姿勢において、ドイツはアメリカに勝るとも劣らないと言えよう。そしてここから分かるように、表現の自由と規制は決して二者択一的なものなどではない。また、アメリカに関しても、ヘイトスピーチを原則規制していないとはいえ、ヘイトクライム法⁶⁶や差別禁止法などの規制を行うことで、社会全体として差別を解消する制度構築に努めていることを看過してはならない。

日本のように「『表現の自由』を盾に問題を市民社会の『見えざる手』に全権委任⁶⁷」する態度は、単なる差別の放置・容認でしかない。我が国で被害に苦しむマイノリティを救うためにも、また国際人権条約の締約国としての責任を果たすためにも、日本も何らかの刑事規制を検討すべきである。そして、処罰範囲を明確化・具体化し、表現の自由への侵害や濫用の危険性を最小限に抑えた規定の作成・運用を目指していく上で、アメリカとドイツが用いる歴史的アプローチは大いに参考になるであろうとも言われている⁶⁸。

だが、日本においてこの歴史的アプローチを運用することは決して容易ではないのではないだろうか。日本では歴史的アプローチが成立する社会的基盤が成立していないからである。すなわち、ドイツにおけるナチスのユダヤ人迫害、及びアメリカにおける黒人差別は否定しようのない負の歴史であり、様々な立場・意見の者がいるとしても、克服すべき課題であるとの認識は国民全体で共有されている。だからこそ、集団侮辱罪の対象となる特別な「集団」や悪質な「行為」を歴史的背景から絞るというアプローチが可能となる。だが、日本では、マイノリティに対する差別の歴史が公に共有されているとは言えない。むしろ、触れてはならないセンシティブな問題として目を背けている傾向があり、認めることがはばかれるような風潮とさえいえる。我が国においては、差別の歴史の承認と反省を前提とする歴史的アプローチは上手く機能し得ないのではないだろうか。この点櫻庭も、ドイツの民衆扇動罪がその構成要件を限定し濫用の危険性防止に成功した背景には、ドイツの「過去の克服」という現実

的基盤があることを強調している。今の日本には、何が差別であり、なぜその差別が許されないのかという点に関する歴史に根差した「価値のコンセンサス」が存在せず、刑事規制の土台が整備されていないというのである⁶⁹。この指摘の妥当性を裏付けるデータとして、2017年12月2日に内閣府により発表された、全国の18歳以上の男女3,000人を対象としたヘイトスピーチに関する世論調査がある⁷⁰。それによれば、ヘイトスピーチを行うデモや街頭集会について知っていると回答したのは57.4%にとどまり、さらに、ヘイトスピーチに対して、「日本の印象が悪くなる」(47.4%)、「不快で許せない」(45.5%)という否定的な意見が多い一方で、「表現の自由の範囲内だ」(17%)、「ヘイトスピーチをされる側にも問題がある」(10.6%)など、ヘイトスピーチを擁護する声も少なくなかったという。日本におけるヘイトスピーチへの関心の低さ、及び規制の必要性への理解の不十分さが露呈した結果となった。

ヘイトスピーチ規制の究極の目的は、当該社会の差

別構造の解消、マイノリティに対する迫害の再発防止であるはずだが、どのような差別表現も表現の自由で守られた自己の権利であるとの誤った理解が浸透し、さらには国民の半数弱がヘイトスピーチの問題すら認識していないという社会で規制を行ったところで、真の目的達成に資するとは考えられないからである。むしろこのような状態でヘイトスピーチ規制法を制定した場合、日本国民の表現の自由を抑圧してまでマイノリティを優遇しているとの印象を与え、マイノリティに対する更なる嫌悪、反発を拡大しかねないだろう。

まずは規制のための準備として、ヘイトスピーチに対する国民の理解を促進する必要がある。差別構造の歴史的検証や実体的調査を進めると共に、ヘイトスピーチとはどのようなものであるのか、それが被害者に対しいかなる影響を与えるか、そしてそのような重大な害悪を前に表現の自由が後退せざるを得ない場合もあるといった知識・情報を広く発信していかなければならない。こうしたヘイトスピーチ規制制定に不可欠な基盤構築が、我が国の喫緊の課題である。

注

- 1 「ヘイトスピーチ」とは、特定の民族や国籍を有する人々に対して憎悪を表明する表現である。「ヘイト・スピーチ」と記述する者もいるが、本稿では「ヘイトスピーチ」で統一する。
- 2 2016年にヘイトスピーチ解消法が制定されたが、同法はヘイトスピーチを「許されない」とするのみで罰則は設けていないため、「規制」する法律ではない。
- 3 本件は、日本においてヘイトスピーチが法的に議論される契機になった事件である。民事事件としては、大阪高判平成26年7月8日、刑事事件としては、大阪高判平成23年10月28日。詳しくは拙稿「我が国におけるヘイトスピーチへの法的対応」東京外国語大学大学院博士後期課程論叢「言語・地域文化研究」第25号(2019年)129頁以下参照。
- 4 阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通』の国家」と『特殊な国家』合衆国における表現の自由法理の動揺の含意」東京大学社会科学研究所『20世紀システム5 国家の多様性と市場 第1章』(東京大学出版会、1998年)20頁。
- 5 阪口・前掲注、19頁。
- 6 阪口・前掲注4、20頁。
- 7 毛利徹「ヘイト・スピーチの法的規制について ―アメリカ・ドイツの比較法的考察」法学論叢第176巻2・3号(2014年)211頁。
- 8 内容に中立的な、表現の態様や時・場所に関する表現活動の規制には、「合理的な時、場所、方法の規制」テストという中間的審査基準が用いられている。丸山英二「差別的憎悪表現行為と表現の自由」法学セミ

- ナー 456 号 (1992 年) 10 頁、市川正人「判批」アメリカ法 1993 年 2 号 307 頁、飛田綾子「アメリカの表現の自由の『特殊性』—『ポルノグラフィ』『ヘイト・スピーチ』規制をめぐる」早稲田政治公法研究第 76 号 (2004 年) 206 頁等。
- 9 このように、低価値言論とされた言論類型を問答無用に修正第 1 条の保護範囲外におく論法は、「硬直的」「悪名高き」「アメリカ最高裁の“お家芸”」とも揶揄されている。駒村圭吾「Mode of speech - R.A.V. v. City of St. Paul 事件判決におけるスカリア法廷意見の可能性」小谷順子他編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』(尚学社、2013 年) 24 頁以下。
 - 10 この概念を生み出した Chaplinsky 判決 (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)) では、「まさにそれを言うことにより、損害を与え、又は直ちに治安紊乱を引き起こす傾向のある」言葉と定義したが、今日ではより限定され、それが向けられた人が暴力的報復に出る直接的傾向のある言葉と解されている。市川・前掲注 8、308 頁。
 - 11 安西文雄「ヘイト・スピーチ規制と表現の自由」立教法学 59 号 (2001 年)、6 頁以下。
 - 12 Asma T. Uddin and Haris Tarin(2013) “Rethinking the “Red Line”: The Intersection of Free speech, religious Freedom, and social Change”, Brookings, pp. 10.
 - 13 Roni Cohen(2014), “Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, No. 1, pp. 244.
 - 14 Cohen, supra note, pp. 245.
 - 15 Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444. 447-448 (1969).
 - 16 アメリカでは、十字架焼却は KKK (クー・クラックス・クラン) による黒人に対する襲撃やリンチの予告としてなされてきた歴史があり、黒人にとっては強度の脅迫に値する。十字架焼却はいわゆる象徴的表現 (symbolic expression) であるが、R.A.V. 判決は明言していないものの、十字架焼却行為自体が修正第 1 条の保護を受ける表現的行為となりうることを当然の前提としている (市川・前掲注 8、307 頁)。
 - 17 R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). 上訴人が当時未成年であり R.A.V. とされたことから、本判決は R.A.V. 判決と呼ばれている。
 - 18 安西・前掲注 11、31 頁以下、市川・前掲注 8、309 頁。ホワイト裁判官 (結論同意意見) も、従来のカテゴリーカル・アプローチをとり、喧嘩言葉には修正第 1 条の保護は一切及ばないので、その一部の禁止も問題なく許されるとしたうえで、多数意見の論理ではあるカテゴリーのスピーチを禁止することはできてもその一部を禁止することはできないということになり、一貫しないと指摘した。
 - 19 駒村・前掲注 9、24 頁。
 - 20 しかし、本判決には批判的見解も多い。特に、従来憲法上の保護を受けないとされてきた低価値言論の領域にも内容中立原則を持ち込んだ点が問題視された。また、従来規制しても憲法上の問題とはならないとされてきたカテゴリーの言論についても、修正第 1 条の法理の一つである内容差別禁止原則を適用することになると、多くの有害な表現の規制が違憲になるという不合理な結果が生じかねないともされる。さらには、カテゴリーの一部をそのカテゴリー全体を規制する根拠に基づいて規制するならば、当該規制は選択的過小包括となり、むしろ内容・観点差別につながる危険があるとの指摘がなされている。紙谷雅子「判批」ジュリスト 1021 号 (1993 年) 138 頁及び駒村・前掲注 9、24 頁。
 - 21 毛利・前掲注 7、214 頁。但し、法廷意見が完成するまでの過程を検証すると、当初の法廷意見はスカリア裁判官ではなく、厳格かつ限定的に規定された憎悪表現の規制については正当化の余地を残したホワイト裁判官が執筆する予定だったのであり、R.A.V. 判決法廷意見は様々な要素により偶然出来上がったに過ぎない側面を有しているとの興味深い指摘もある。詳しくは、小谷順子「連邦最高裁における法廷意見の形成過程 憎悪表現規制に関する R.A.V. v. City of St. Paul 事件判決」小谷順子他編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』(尚学社、2013 年) 2 頁以下を参照。
 - 22 Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2002).
 - 23 小谷順子「十字架を燃やす行為の規制をめぐる憲法問題」大沢秀介・大林啓吾編『アメリカ憲法判例の物語』(成文堂、2014 年) 168 頁。
 - 24 毛利・前掲注 7、215 頁。
 - 25 斉藤小百合「判批」憲法訴訟研究会編『続・アメリカ憲法判例』(有斐閣、2014 年) 97 頁。
 - 26 桧垣伸次「ヘイト・スピーチ規制の憲法学的考察 表現の自由のジレンマ」(法律文化社、2017 年) 33 頁以下。

- 27 559 U.S. 460 (2010). 本件はヘイトスピーチ事例ではないが、関連する法理に言及した。詳しくは、奈須祐治『ヘイト・スピーチ法の比較研究』信山社 (2019 年) 126 頁。
- 28 奈須祐治「ヘイト・スピーチ規制に関するアメリカ連邦最高裁判例の最近の動向 - Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) の意義と射程 -」法学ジャーナル 75 号 (2004 年) 109 頁。
- 29 Cohen, *supra* note 13, pp. 239.
- 30 Cohen, *supra* note 13, pp. 238. 櫻庭・前掲注 27、182 頁以下。
- 31 正確には、ドイツ刑法に集団侮辱罪の規定は存在しないが、多くの論者は拡大解釈により個人を保護法益とする侮辱罪 (ドイツ刑法 185 条) を集団にも適用することを「集団侮辱罪」と呼ぶため、本稿でもそれに倣う。
- 32 法が認め、国家の承認の下に公的任務を果たしている人的集合体につき侮辱罪の成立の可能性を説いたライヒ裁判所判決 (RGSt. 70, 140) や、反対に家族の名誉を刑法上の保護に値しないとした連邦通常裁判所判決 (BGH JZ 1951, 520) 等がある。上村都「ドイツにおけるヘイト・スピーチ規制」駒村圭吾・鈴木秀美編『表現の自由 I - 状況へ』(2011 年、尚学社) 478 頁以下参照。
- 33 BVerfGE 90, 241. 判決内容については、上村・前掲注、480 頁以下及び毛利・前掲注 7、220 頁以下を参照。
- 34 BVerfGE 93, 266. 判決内容については、楠本孝「ドイツにおけるヘイト・スピーチに対する刑事規制」法と民主主義 485 号 (2014 年)、27 頁を参照。
- 35 上村・前掲注 32、483 頁。
- 36 上村・前掲注 32、488 頁。
- 37 前掲注 34, 266, 301.
- 38 楠本・前掲注 34、28 頁。
- 39 楠本・前掲注 34、28 頁。
- 40 楠本・前掲注 34、28 頁。
- 41 毛利・前掲注 7、221 頁。
- 42 櫻庭は、130 条 1 項と 3 項は、その制定過程や解釈論上の評価が大きく異なることを理由として、前者を「民衆扇動罪」、後者を「ホロコースト否定罪」として区別しており、本稿でもこれに倣う。櫻庭総「名誉に対する罪によるヘイト・スピーチ規制の可能性 ヘイト・スピーチの構造的性を問うべき次元」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』(法律文化社、2014 年) 135 頁以下。
- 43 楠本・前掲注 34、29 頁。
- 44 処罰範囲の拡大や不明確化を懸念して、具体的危険犯と解すべきであるとの見解もある (櫻庭・前掲注 42、137 頁)。
- 45 鈴木秀美「ドイツの民衆扇動罪と表現の自由 - ヒトラー『わが闘争』再出版を契機として」日本法学第 82 巻 3 号 (2016 年) 410 頁。
- 46 楠本・前掲注 34、30 頁。
- 47 櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服 人種差別表現及び「アウシュヴィッツの嘘」の刑事規制』(福村出版、2012 年) 186 頁以下。
- 48 ホロコースト否定罪新設に至る詳細な経緯は、櫻庭・前掲注 42、134 頁以下参照。
- 49 Cohen, *supra* note 13, pp. 240.
- 50 実際、フランスでは、ホロコースト否定を法令で禁止した結果、逆にホロコースト否定者たちの信念を強めたようである。Richard N. Winfield and Janine Tien (2015) "The Danish Cartoons Controversy: Hate Speech Laws and Unintended Consequences", In Péter Molnár (Ed.), *Free Speech and Censorship around the Globe*, Chapter, pp. 486-487. Central European University Press.
- 51 正式名称は「ソーシャルネットワーク (SNS) における法執行の強化に関する法律」であり、また、その主たるターゲットが Facebook であることから、「Facebook 法」と呼ばれることもある。
- 52 2017 年 3 月に行われた各種 SNS 上におけるヘイトスピーチ削除率に関する実態調査では、YouTube では、一般ユーザーの通報に基づき 24 時間以内に民衆扇動罪等に当たるコンテンツの 90% を削除できていたものの、Facebook では 39%、Twitter では 1% の削除に留まったという。神足祐太郎「ドイツの SNS 法 - インターネット上の違法なコンテンツ対策 -」外国の立法 278 号 (2018 年) 51 頁。
- 53 神足・前掲注 53 頁以下及び、鈴木秀美「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由 - ドイツ

- の SNS 対策法をめぐって」工藤達朗等編『戸波江二先生古希記念 憲法学の創造的展開上巻』（信山社、2017 年）577 頁以下。
- 54 BVerfGE 124, 300. 本限定解釈は、130 条 4 項の「公共の平穏」に関する判断であるが、同じ保護法益である同条 1 項「公共の平穏」にもそのまま妥当すると解される。鈴木・前掲注 45、420 頁以下。
- 55 BGH, NJW 1961, 1364.
- 56 櫻庭総「刑法における表現の自由の限界 ヘイト・スピーチの明確性と歴史性との関係」金編『ヘイト・スピーチの法的研究』（法律文化社、2014 年）116 頁、同・前掲注 47、208 頁。
- 57 連邦憲法裁判所は刑事裁判所に対しても表現の自由への配慮を強く要請しており、刑事裁判所が民衆扇動罪で有罪としたいくつかの判決を覆したこともあるという。また、そのため、刑事裁判所の裁判官が連邦憲法裁判所での敗訴を恐れて有罪判決を下すことに慎重になり、集会での発言やインターネットの書き込みなどで民衆扇動的表現が目につく割には、告発や有罪判決が少ないとのデータもあるようである。鈴木・前掲注 45、412 頁。
- 58 櫻庭・前掲注 47、209 頁。
- 59 櫻庭・前掲注 47、188 頁。
- 60 毛利・前掲注 7、223 頁。
- 61 BT-Drs. 3/1746.S.3. 判決の詳細は櫻庭を参考とした（櫻庭・前掲注 56、117 頁）。
- 62 櫻庭・前掲注 56、117 頁。
- 63 櫻庭・前掲注 56、118 頁。
- 64 桧垣・前掲注 26、33 頁以下。
- 65 櫻庭・前掲注 47、278 頁。
- 66 アメリカでは、連邦及び州法でヘイトクライム法（hate crime laws）が施行され、ヘイトクライム（人種、宗教、民族、性的指向、性別、障害者等、特定のカテゴリーに属する人々に対する憎悪又は偏見を動機とする犯罪）を行った者に対しては、犯罪の等級を上げたり、裁判官が刑期を特別に延長できる。
- 67 櫻庭・前掲注 47、287 頁。
- 68 例えば楠本は日本においても集団侮辱罪の成立を提案し、ドイツの兵士事件を参考にその適用対象となる「集団」を絞り込む。すなわち、在日朝鮮人のアイデンティティには長きにわたる被差別の歴史が深く根ざしており、差別表現に対して他の人々より敏感にならざるを得ないのだから、侮辱の効果が個々の構成員にも波及する「集団」であると言える。我が国における「在日朝鮮人」が他の大規模集団とは一線を画する特殊な存在であると説明する。楠本孝「集団侮辱罪と民衆扇動罪」龍谷大学矯正・保護総合センター研究年報第 2 号（2012 年）50 頁以下。
- 69 櫻庭・前掲注 47、276 頁以下。
- 70 <https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-jinken/2-2.htm> (last visited: December. 3, 2019).